

TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: A DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL E A FORMULAÇÃO DOS CRITÉRIOS DA CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA

THEORY OF SOCIAL ADEQUACY: THE DOGMATICS OF CRIMINAL LAW AND FORMULATION OF SOCIALLY CONDUCT CRITERIA

Ricardo Freitas¹

Faculdade Damas da Instrução Cristã

Resumo

Partindo de uma perspectiva garantista, o artigo aborda a Teoria da Adequação Social, formulada por Welzel, com a finalidade de explorar as possibilidades de sua aplicação a problemas penais difíceis por intermédio da interpretação teleológica dos tipos.

Palavras-chave

Teoria da Adequação Social. Cultura. Valores Ético Sociais. Costumes. Interpretação Teleológica.

Abstract

From a liberal perspective, the article approaches the Social Adequacy Theory formulated by Welzel with the purpose of exploring possibilities of its application to difficult criminal problems through the teleological interpretation of legal figures of crimes.

Keywords

Social Adequacy Theory. Culture. Ethical Social Values. Customs. Teleological Interpretation

INTRODUÇÃO

A TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E O DIREITO PENAL DE GARANTIAS

A denominada Teoria da Adequação Social é certamente uma das mais polêmicas contribuições de Welzel ao desenvolvimento da dogmática do Direito Penal. Na realidade, uma

¹ Professor do Programa de Pós-graduação da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4546805888139003>.

parcela significativa da doutrina penal não lhe atribui importância ou simplesmente a rejeita.

Deve-se admitir que Welzel colaborou sobremaneira para a atitude desinteressada ou mesmo hostil da doutrina penal em relação ao conceito de conduta socialmente adequada. Primeiramente porque o teórico alemão hesitou bastante no tocante à natureza jurídica da citada construção doutrinária. Inicialmente ele relacionou o conceito de adequação social à tipicidade. Em um segundo momento Welzel o situou no âmbito da antijuridicidade. Por fim, o doutrinador voltou a concebê-lo como um problema referente à conduta típica.² Evidentemente, não se pode excluir a possibilidade de que essa trajetória errática da dogmática tenha desacreditado em alguma medida a Teoria da Adequação Social aos olhos da comunidade jurídica.

Por outro lado, faz-se necessário admitir que a Teoria da Adequação Social não foi suficientemente desenvolvida por Welzel, que se limitou a delinear-la em seus aspectos básicos e de maneira excessivamente sintética. Em consequência, a natureza um tanto vaga e lacunosa do conceito de conduta socialmente adequada contribuiu para gerar um sentimento de incerteza em relação à possibilidade de sua aplicação aos casos concretos.

Seja como for, essas dificuldades não devem desestimular o desenvolvimento e o aprofundamento de reflexões doutrinárias acerca da Teoria da Adequação Social cujo potencial garantista recomenda sua revalorização, sobretudo nesse momento

² Cancio Meliá (1998:20) adverte que a realocação do conceito de adequação social no âmbito da tipicidade que corresponde ao terceiro momento do desenvolvimento da Teoria da Adequação Social não representa um mero retorno à fase inicial por parte de Welzel, haja vista que o autor teria deixado de fazer referência ao “valor ético-social” da ação ou à “interpretação do sentido do tipo” e, ao mesmo tempo, teria deixado de afirmar que “somente por intermédio da adequação social se entra no âmbito do tipo, nas regiões do injusto tipificado”.

em que o punitivismo parece ter ampliado sua influência junto aos operadores do Direito Penal.³

Pretende-se nos estreitos limites desse artigo realizar uma investigação meramente exploratória em torno do potencial da Teoria da Adequação Social por intermédio da análise de problemas penais concretos, dentre eles alguns que seguramente não têm recebido o tratamento prometido pelo Direito Penal de garantias. Para tanto, examinar-se-á o conteúdo da Teoria da Adequação Social nos termos formulados por Welzel para, em seguida, verificar quais são as principais críticas a ela direcionadas pela doutrina. Depois, em um terceiro momento, enfatizar-se-á a importância dos valores éticos sociais e dos costumes como parâmetros da interpretação teleológica e restritiva dos tipos de injusto. Por último, analisar-se-á meia dúzia de problemas penais com a finalidade de avaliar se o princípio da adequação social deve ou não ser aplicado para afastar a tipicidade de condutas formalmente típicas.

Vale salientar que, por ser comum em artigos jurídicos, a reflexão aqui apresentada possui conteúdo eminentemente normativo, o qual decorre da adoção da perspectiva garantista por parte de seu autor.

1. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: O FINALISMO E A DIMENSÃO MATERIAL DA TIPICIDADE

Welzel concebeu a Teoria da Adequação Social a partir de uma concepção material da tipicidade ausente na Teoria Causal-Naturalista. De acordo com a sua visão, a ação - inclusive a ação final - “será sempre, como a ‘causação’, uma abstração quando ela

³ O garantismo penal é um modelo normativo de Direito vinculado ao Estado de Direito e ao minimalismo penal, consistindo numa orientação político-criminal comprometida com a maximização da liberdade e a minimização da violência punitiva com a finalidade de assegurar os direitos individuais (Ferrajoli, 2002:891).

não seja considerada um *fenômeno de significado social*, ou seja, como ação no marco da vida social” (2003:50). Para ele, se o conceito de ação não é pura abstração, mas, diferentemente, uma noção plena de significado social, a dogmática do Direito Penal precisa considerar esse significado no âmbito da Teoria do Delito.

Welzel compreendeu acertadamente que a conduta demandaria uma valoração tanto em nível finalístico como em termos sociais. Na realidade, a conduta necessitaria ser valorada socialmente antes mesmo de sê-lo finalisticamente. Consequentemente, no momento do exame da conduta dever-se-ia indagar se ela traduziria um “fenômeno socialmente significativo” antes de se investigar a direção da vontade do agente (Faria, 2005:63; Silveira, 2011:63).

Na eventualidade de a resposta ser negativa, as ações formalmente típicas (dolosas ou culposas) estariam excluídas do âmbito da intervenção do Direito Penal. Em outras palavras, não haveria crime embora a orientação subjetiva da ação indicar exatamente o contrário. Somente quando a conduta fosse valorada como socialmente significativa é que na sequência teria lugar a valoração do aspecto subjetivo do comportamento do agente (Faria, 2005:64-67; Silveira, 2011:63-64). Portanto, uma conduta socialmente adequada não seria típica a despeito de sua tipicidade formal.

No plano hermenêutico, a metodologia welzeliana empregada com a finalidade de constatar se determinada conduta é ou não socialmente adequada adota como ponto de partida o exame da “ordem historicamente constituída”. Welzel (2003:50) sempre sustentou a opinião de que “todas as ações relacionadas ao conceito de injusto se movimentam de forma funcional dentro da ordem histórica da vida em comunidade de um povo”. Consequentemente, para ele, “ações socialmente adequadas são todas aquelas atividades nas quais a vida em comunidade se desenvolve seguindo a ordem historicamente estabelecida”. Assim, em termos gerais, quando uma conduta está compreendida no âmbito de uma ordem histórica socialmente estabelecida ela deve ser considerada socialmente adequada e, em consequência, atípica.

Percebe-se dessa maneira que no entendimento de Welzel a interpretação puramente literal do conteúdo do tipo é manifestamente insuficiente, pois em seu sentir o procedimento hermenêutico indispensável e, em última análise, decisivo, é o exame do contexto social no qual a conduta do agente está inserida. Para Welzel, somente essa investigação seria capaz de revelar verdadeiramente qual o sentido e o alcance do tipo (Cancio Meliá, 1998:14-18).

Welzel nem sempre situou a noção de conduta socialmente adequada no âmbito da tipicidade, pois no período compreendido entre a 4ª e a 8ª edição de seu Manual de Direito Penal ele acreditou que a adequação social seria uma causa de exclusão da ilicitude de natureza consuetudinária. Seja como for, posteriormente o autor reviu seu posicionamento por considerá-lo equivocado. Welzel (1997:68-69; 2003:51) explicou a esse respeito que a ideia de adequação social assemelha-se às demais causas de justificação por assegurar a liberdade de ação, mas, por outro lado, delas se diferencia por não autorizar o agente a realizar condutas típicas, ou seja, socialmente inadequadas.

De fato, raciocinando-se em termos metodológicos, mostra-se mais acertado o ponto de vista de que o agente atua respaldado por uma causa de justificação, a exemplo do estrito cumprimento do dever legal ou da legítima defesa, apenas quando sua conduta é socialmente inadequada, vale dizer, típica. Welzel (2003:64-65) diz a esse respeito que é absurdo considerar como típicas as mortes causadas por militares contra os soldados inimigos durante o combate, haja vista que a supressão de vidas alheias nesses casos são ações “militarmente adequadas”, afinal, diz ele, matar militares inimigos é exatamente a atitude que se espera de um soldado em combate.

Realmente, se dentre outras funções relevantes o tipo desempenha a de selecionar comportamentos especialmente importantes destinados a fundamentar a criminalização, não se pode deixar de concluir que a aquele que se comporta de maneira socialmente adequada não pratica uma conduta típica porque nesses casos, ao contrário do que ocorre com as ações tipificadas, a

conduta é valorada positivamente pela sociedade como adequada (Mir Puig, 1998:532).

Welzel (1997:66; 2001:85) explica que os tipos desempenham a função consistente em selecionar condutas inadequadas à vida social bem ordenada e, no curso dessa missão, eles terminam por revelar a natureza histórica do Direito Penal. Para ele, os tipos “indicam as formas de conduta que pressupõem uma infração grave às ordens históricas da vida social”. Logo, um comportamento socialmente adequado seria aquele que “se movimenta por completo no interior do marco da ordem social histórica ‘normal’ da vida, de modo que ele não será uma ação típica de lesão mesmo que tenha produzido uma lesão ao bem jurídico” (Welzel, 1997:66). Em suas palavras: “A adequação social traz a consciência de que o Direito normatizado de modo jurídico ingressa de forma permanente em um mundo já constituído historicamente, cujos ordenamos afirma, modifica ou dá continuidade” (Welzel, 2003:52).

Para Welzel (1997:66-67; 2001:86-87; 2003:50-51) são socialmente adequadas as seguintes condutas dentre outras: (1) sobrinho que estimula o tio, de quem é herdeiro, a viajar com frequência na esperança de que morra em um acidente; (2) negócios geridos corretamente que, no entanto, culminam em falências; (3) lesões corporais insignificantes; (4) privações da liberdade insignificantes; (5) recebimento de presentes de escasso valor por servidores públicos no período natalino; (6) condutas indecorosas ou impertinentes que poderiam configurar delitos sexuais; (7) morte de alguém por uma pessoa que planta ameixa venenosa em um bosque com tal finalidade; (8) ter relações sexuais com uma tuberculosa para engravidá-la com a intenção de causar sua morte por problemas na gravidez; (9) boxeador que, atuando estritamente de acordo com as regras do boxe, causa lesão em seu adversário.

Welzel (1997:67-68; 2001:87-88) acrescenta dois exemplos de ação socialmente adequada extraídos da jurisprudência alemã: a obrigação de cuidado e proteção entre cônjuges e o comportamento do garçom que serve bebidas alcoólicas a motorista que transporta pessoas em veículo automotor. No

primeiro exemplo, o tribunal entendeu que os deveres conjugais não precisam exceder os limites estipulados pelo Direito de Família, não repercutindo, assim, na esfera penal. Por essa razão, considerou que o abandono conjugal é uma conduta socialmente adequada, pois se mantém “dentro dos limites da liberdade da ação social” mesmo se o agente tem consciência de que seu comportamento pode levar o cônjuge abandonado a suicidar-se. No segundo caso, o tribunal admitiu como socialmente adequado o comportamento do garçom que serve bebidas alcoólicas a motorista de veículo de transporte de passageiros, não obstante o perigo representado por essa conduta. De acordo com o acórdão, o comportamento do garçom é penalmente irrelevante, salvo se “a embriaguez do cliente tivesse alcançado indubiosamente um patamar tão elevado capaz de suprimir sua responsabilidade”. Por fim, o Tribunal concluiu o seguinte: se o garçom “tivesse que responder criminalmente pelas possíveis consequências do consumo excessivo de álcool ele se converteria numa espécie de tutor ou guardião de seus clientes”.

Os exemplos de condutas socialmente adequadas apresentados por Welzel incluem tanto comportamentos dolosos como culposos. Portanto, mesmo condutas dolosas formalmente típicas podem ser socialmente adequadas. Nesse sentido, afirma Mir Puig (1998:530) que “uma atividade perigosa socialmente adequada não deixará de ser permitida pelo fato de que um determinado sujeito a empreenda com o desejo de produzir uma lesão”.

Welzel (1997:67; 2001:87) esclarece ainda que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas comportamentos que se mantêm dentro dos limites da liberdade de ação social”. Com efeito, diversos exemplos de conduta socialmente adequada fornecidos pelo autor são moralmente repreensíveis, como no caso do sobrinho que deseja a morte do tio em viagem para herdar seus bens. Portanto, para Welzel o que realmente conta na avaliação de uma conduta como socialmente adequada não é necessariamente a sua moralidade, mas a sua “liberdade social de ação”.

Em resumo, Welzel (1997:66-69; 2001:85) explica que em termos metodológicos o conceito de adequação social “repercuta na compreensão e interpretação dos tipos que, por influência da doutrina da ação causal, era demasiadamente estreita, considerando que queria enxergar a essência do tipo em lesões causais de bens jurídicos”. Portanto, no entendimento do jurista alemão, a concepção de ação socialmente adequada deve ser empregada na interpretação dos tipos de injusto para precisar seu verdadeiro sentido e alcance. Para ele, o referido conceito é um instrumento destinado à interpretação teleológica dos tipos, pois o exegeta há de perquirir o sentido histórico-social do comportamento do agente com o fim de definir se a conduta viola ou não a norma penal incriminadora.

Atualmente, a doutrina tende a reconhecer que especificamente na terceira fase da evolução da Teoria da Adequação Social o conceito torna-se “um critério geral de interpretação dos elementos dos tipos de injusto” (Cerezo Mir, 1998:98).

Em síntese, a Teoria da Adequação Social introduz no Direito Penal a noção de que comportamentos socialmente adequados são condutas consideradas como indiferentes penais pela sociedade mesmo quando formalmente típicas e moralmente condenáveis. Nesse sentido, são condutas que, segundo o princípio democrático, não devem resultar na responsabilização penal de seus autores por serem avaliadas como aceitáveis pelo corpo social (Mir Puig, 2002:137).

2. A CRÍTICA DA TEORIA DA AÇÃO SOCIAL

As principais críticas direcionadas à Teoria da Adequação Social são resumidamente as seguintes: (1) é doutrinariamente inconsistente; (2) é desnecessária em face do desenvolvimento experimentado pela Teoria da Imputação Objetiva; (3) é um fator de insegurança jurídica.

Para fins analíticos, as duas primeiras críticas serão reunidas e discutidas em um primeiro momento, deixando-se a última para exame posterior.

2.1. Inconsistência doutrinária e desnecessidade

Parcela da doutrina penal considera a Teoria da Adequação Social inconsistente porque seu conceito fundamental é formulado com base tão-somente na “aceitação social fática de determinadas formas de comportamento”. Conseqüentemente, a noção de adequação social não passaria de um “slogan sem conteúdo claro” que aludiria singelamente “ao sentir empírico da sociedade, ao ‘senso comum’, não acarretando, portanto, nenhum avanço em relação a outras concepções anteriormente registradas na bibliografia jurídico-penal”. Sendo assim a Teoria da Adequação Social seria que, no máximo, um “critério geral de interpretação, de utilidade em determinados casos problemáticos” (Cancio Meliá, 1998:28-29), o que, diga-se de passagem, não seria propriamente um maneira tão ruim assim dela se incorporar ao Direito Penal.

No entendimento do próprio Cancio Meliá (1998:46), muito embora Welzel tenha vinculado o Direito Penal à realidade social e ancorado seu conceito de adequação social ao tipo, ele não chegou a desenvolver dogmaticamente sua proposta inicial mas, pelo contrário, fez com que o referido conceito experimentasse um paulatino processo de retração no que tange à sua aplicação ao despojá-lo de sua dimensão mais ampla para limitá-lo somente as condutas culposas em sentido estrito.

Para alguns, inclusive, mesmo como critério de interpretação destinado a solucionar os casos mais problemáticos a Teoria da Adequação Social não teria serventia, pois o emprego das técnicas hermenêuticas tradicionais seria suficiente para delimitar o sentido e o alcance do tipo, a exemplo do que ocorre com a chamada interpretação restritiva que, como indica sua denominação, restringe o alcance das normais penais incriminadoras ao considerar aquilo que o texto legal “quer dizer” e não a sua literalidade. Jescheck (1993:229), por exemplo, deixa clara sua preferência pelo “uso das regras exegéticas reconhecidas porque, desse modo, se obtém resultados objetivamente comprováveis, enquanto a adequação social continua sendo sempre

um princípio relativamente inseguro e, por essa razão, a ela somente deve socorrer-se em última instância”.

Para outro setor da doutrina, a Teoria da Adequação Social seria nada mais nada menos que desnecessária, considerando-se os avanços proporcionados à dogmática jurídico-penal pela Teoria da Imputação Objetiva, detentora de um arsenal teórico mais desenvolvido e tecnicamente preciso, o que a torna mais eficiente quando se trata de solucionar as controvérsias jurídico-penais concretas (Cancio Meliá, 1998:30).

De fato, não se pode negar que diversas situações hipotéticas utilizadas por Welzel como exemplos de ações socialmente adequadas foram enfrentadas posteriormente com maior sucesso pela Teoria da Imputação Objetiva, mas nem todas elas como será dado a perceber na sequência desse texto.

Na realidade, Welzel compreendeu em seu tempo que o mundo adquirira uma inédita conformação muito mais arriscada (e também mais perigosa) que a existente no passado. Somando-se aos riscos e perigos, por assim dizer, tradicionais, constantes e conhecidos, riscos inéditos teriam contribuído para que comportamentos potencialmente lesivos se disseminassem pelas sociedades com consequências negativas, inclusive, para a própria existência das vítimas. Diante desse quadro, o Direito Penal não poderia simplesmente ter a pretensão de proibir mediante ameaça de imposição de sanções penais todas as condutas arriscadas sob o pretexto de tutelar bens jurídicos, pois se o fizesse correria o risco de inviabilizar a própria vida social.

Welzel compreendeu desse modo que o conceito de bem jurídico-penal teria uma espécie de conteúdo social. Para ele, nem todo bem jurídico seria merecedor de tutela por parte do Direito Penal, mas somente aqueles que possuíssem um “significado socialmente nocivo”, caso contrário, se submeteriam aos riscos comumente presentes no cotidiano da vida social. Em outras palavras: nem todo comportamento representativo de um risco ao bem jurídico deveria ser objeto da atenção do Direito Penal, mas exclusivamente aqueles selecionados por não serem adequados à existência comunitária “moralmente ordenada”

(Welzel, 2003:47-49). Levando-se em conta essa perspectiva, pode-se realmente considerar a Teoria da Adequação Social como uma espécie de precursora da Teoria da Imputação Objetiva, muito embora o próprio Welzel (2003:52) tenha advertido explicitamente que o problema do risco permitido é apenas “um caso especial de adequação social”. Com efeito, nem todos os exemplos de condutas socialmente adequadas ofertados por Welzel encontram solução na Teoria da Imputação Objetiva.

2.2. Insegurança jurídica

Penalistas das mais diversas filiações doutrinárias criticam a Teoria da Adequação Social porque sua utilização causaria insegurança jurídica. Cerezo Mir (1998:98), por exemplo, afirma taxativamente que a referida teoria afetaria “gravemente a segurança jurídica”, opinião compartilhada na doutrina penal nacional por Bitencourt (2017:61).

Mesmo considerando que “o socialmente adequado, isto é, que os comportamentos habituais da sociedade, aceitos e praticados pela maioria, geralmente não devem ser típicos, vale dizer, penalmente relevantes”, Muñoz Conde (1988:44-45) afirma que a defasagem “entre o que as normas penais proíbem e o que socialmente se considera como adequado” só pode ser eliminada através de uma revogação formal, devendo-se rechaçar o critério da adequação social como elemento de interpretação restritiva dos tipos e, por conseguinte, como causa de exclusão da tipicidade em razão de seu relativismo e da insegurança que provoca.

Em síntese, no entendimento de seus críticos, o conceito de conduta socialmente adequada padeceria de irremediável imprecisão, defeito que teria o condão de causar dano à segurança jurídica. Consequentemente, nos termos expostos por Muñoz Conde, a constatação de defasagem existente entre a realidade social e a incriminação de determinada conduta seria missão atribuída com exclusividade ao legislador penal e não ao magistrado. Nesse sentido, recorde-se que, deparando-se com alegação defensiva de que a conduta do recorrente teria sido

socialmente adequada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reafirmado o entendimento doutrinário dominante quando afirma que “o ordenamento jurídico-penal brasileiro não permite a revogação de lei pelo costume”.⁴

Há, porém, um equívoco no entendimento de que a Teoria da Adequação Social visa à revogação da norma penal por intermédio do reconhecimento judicial do *desuetudo*. O conceito de adequação social é um instrumento destinado à interpretação teleológica dos tipos de injusto. Sua finalidade não consiste em abrogar pela via judicial norma penal em vigor, mas verificar, no caso concreto, à semelhança do que ocorre com o princípio da insignificância, se determinado comportamento formalmente típico se reveste de tipicidade em sentido material. Por exemplo, quando Welzel afirma a inexistência de homicídio na hipótese em que o sobrinho, motivado pela possibilidade de receber uma herança em consequência da morte de seu tio, o estimula a realizar viagens na esperança de que ele venha a falecer em consequência de desastre, o que efetivamente ocorre, ele não está propondo a revogação do dispositivo legal que tipifica o homicídio, mas a sua interpretação teleológica com fundamento no conceito de adequação social.

Por outro lado, o argumento de que a Teoria da Adequação Social causa insegurança jurídica não se mostra aceitável por várias razões. Primeiramente porque a referida teoria não viola o princípio da legalidade, um dos pilares mais importantes do Direito Penal de garantias. O conceito de conduta socialmente adequada é empregado na interpretação teleológica dos tipos não com a finalidade de criminalizar condutas, mas exclusivamente com o objetivo de evitar a denominada criminalização secundária quando uma dada ação for materialmente atípica.

Em segundo lugar, não se pode esquecer que, tanto a doutrina penal nacional quanto a jurisprudência admitem pacificamente a existência de causas supraleais de justificação, bem como de hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa não

⁴ STJ. Quinta Turma. RESP 745954 RS. J. 18/08/2009. P. 14/09/2009. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

previstas na legislação penal sem que esse posicionamento gere qualquer crítica.

Compreende-se, dessa maneira, a razão pela qual o princípio da adequação social e outros princípios penais terem sido invocados por décadas pela magistratura italiana como se fossem causas supralegais de exclusão da ilicitude com a finalidade de solucionar “conflitos que, de outra forma, seriam insanáveis de acordo com os critérios das causas de justificação codificadas” (Bricola, 2012:264). Diante das disfuncionalidades decorrentes da rigidez das causas de justificação elencadas na legislação penal italiana no pós-guerra, princípios e critérios valorativos passaram a ser invocados pelos juízes, incluindo o princípio da adequação social.

Abordando o problema do conflito entre valores, Radbruch (1997:44) assinala que apesar da segurança jurídica ser um valor especialmente apreciado como uma das expressões do valor “justiça” não há dúvida que em determinadas situações ela pode colidir com outros valores, como no caso em que o Direito Positivo exige a aplicação de suas regras mesmo quando injustas. Nesses casos, afirma o filósofo do Direito e penalista alemão, a segurança jurídica não deve prevalecer. Diante de um conflito da justiça consigo mesma o Direito Positivo não deve preponderar quando a sua aplicação redundar numa solução excessivamente injusta, precisando nessa situação ceder diante de valores que expressem outras dimensões da justiça que não a segurança jurídica.

Na prática, inclusive, a colisão entre a segurança jurídica e outros valores de índole constitucional ocorre com frequência. Um exemplo particularmente dramático é o conflito entre os valores “segurança” e “liberdade” diante do desafio representado pela ameaça terrorista. A “segurança” é um valor-meio, ao passo que a “liberdade” é um valor-fim. Em outras palavras: na escala de valores das sociedades abertas, pluralistas e liberais, a segurança justifica-se em nome da preservação da liberdade, razão pela qual não se pode admitir que a luta contra o terrorismo ou mesmo contra a criminalidade em geral sacrifique a liberdade individual em nome da segurança, salvo na medida

minimamente necessária à preservação da própria liberdade. Em síntese, a segurança deve ser considerada “um valor de referência para o desenvolvimento da liberdade e da igualdade” e não o contrário (Bustos Ramírez, 2009:99).

Porém, mesmo que a aplicação do princípio da adequação social viesse a atentar contra a segurança jurídica, o que, como explicado anteriormente, não é o caso, sacrificá-la em nome da preservação da liberdade (e da segurança pessoal) em determinadas situações definidas de modo razoavelmente preciso e, se possível, com antecedência em relação ao cometimento da conduta formalmente típica, fortalece o Estado Democrático de Direito. Portanto, considerar o princípio da adequação social como elemento a ser empregado na interpretação teleológica e restritiva dos tipos amplia a dimensão garantista do Direito Penal, consoante o entendimento esposado por Mir Puig (1988:531) de que na aplicação da legislação penal “o intérprete deve partir da compreensão de que a vontade da lei deixa tacitamente de fora do tipo legal as condutas perfeitamente adequadas à vida social”, sendo esse “um ponto de partida que se deve adotar em nome de um Direito Penal democrático, que evite na medida do possível a contradição entre as valorações jurídicas e as valorações sociais”, ponto de vista esposado igualmente por Rueda Martín (2001).

Em resumo, o conceito de adequação social deve ser concebido como uma técnica ou um instrumento a ser empregado na interpretação teleológica com o objetivo de restringir o alcance do tipo visando à limitação do exercício do poder punitivo e não como uma hipótese de revogação da norma penal incriminadora com base na moral social ou no costume.

3. A TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E O ELEMENTO CULTURAL: ÉTICA-SOCIAL E COSTUMES

Considerando o fato de Welzel não ter desenvolvido suficientemente o conteúdo do princípio da adequação social, compete à doutrina penal contemporânea se desincumbir dessa tarefa da melhor maneira possível em bases que permitam a

verificação da tipicidade material de comportamentos nos casos concretos.

Welzel afirma, por exemplo, que a conduta socialmente adequada é aquela cujo significado social ajusta-se à determinada ordem histórica da vida da comunidade de um povo. Em seu sentir, todo comportamento que a sociedade valora com base na ética, nos costumes ou nos hábitos historicamente tolerados é socialmente adequado. Em suma, para o penalista alemão a constatação de que uma conduta é socialmente adequada deve ter como ponto de partida “a comprovação da coincidência ou divergência da finalidade subjetiva da ação com a finalidade geral positivamente valorada pela comunidade” (Rueda Martín, 2001:465), o que proporciona uma base suficientemente sólida para o desenvolvimento de uma reflexão acerca dos critérios passíveis de serem utilizados na interpretação teleológica dos tipos.

3.1. O elemento cultural: a relevância dos valores ético sociais

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que a menção aos valores ético sociais como critério de interpretação dos tipos visando à constatação da adequação social de uma ação não contraria o entendimento doutrinariamente hegemônico de que a finalidade perseguida pelo Direito Penal não consiste na defesa da sociedade contra condutas imorais ou não convencionais ou ainda na promoção de certas ideologias, mas na tutela de bens jurídicos.⁵

⁵ Naturalmente, assim como toda e qualquer construção jurídica a ideia de que a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos também é passível das mais diversas críticas doutrinárias. Bacigalupo (1996:9-10), por exemplo, faz a seguinte avaliação a respeito do conceito de bem jurídico: “Na medida em que bens jurídico sejam todas aquelas situações ou valores que o legislador queira proteger, praticamente todo delito, ou seja, toda ameaça de pena a um determinado comportamento protegerá um bem jurídico”, razão pela qual, segundo o referido autor, “na defesa da concepção de delito como lesão de um bem jurídico se exagerou, sem dúvida, o valor dessa teoria e sua capacidade de preservar a sociedade liberal”.

Infelizmente para a doutrina hegemônica na prática tem sido insuficiente sustentar que o Direito Penal tutela bens jurídicos e não valores morais ou qualquer outro interesse. Realmente, não basta afirmar que a intervenção penal na esfera social e individual legitima-se exclusivamente quando se destina a proteger bens jurídicos para que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos alcance a sua plenitude. Bacigalupo (1996:9-10) adverte a esse respeito que o conceito de bem jurídico não assegura “grandes progressos em relação ao problema da estrita separação entre Direito Penal e moral, pois a determinação de quais são os interesses que merecem proteção provém de concepções da vida social cujas vinculações com a ética e a moral são inseparáveis”. Por isso, diz o autor, “toda seleção e ordenação hierárquica de bens jurídicos pressupõe uma concepção social e ética” do legislador penal.

Concordando com a visão esposada por Bacigalupo, Toledo (1991:16) conceitua os bens jurídicos como “valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Embora Toledo (1991:12) afirme que a finalidade do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos ele defende o ponto de vista de que o conceito possui uma dimensão axiológica, um substrato ético. Mesmo admitindo que os campos do direito e da moral não se confundem, o doutrinador está convencido de que “um ordenamento penal em contradição com a ordem moral que lhe é coetânea não teria eficácia ou seria uma verdadeira monstruosidade”.

Por outro lado, argumentos de ordem puramente moral se escondem amiúde por trás do conceito de bem jurídico-penal. Por exemplo, em decisão que denegou habeas corpus a acusada do cometimento de crime de casa de prostituição (artigo 229, CP), o Superior Tribunal Federal (STF) alegou que no referido fato punível “os bens protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem

resguardados pelo Direito Penal”.⁶ De fato, o que a referida norma penal incriminadora efetivamente pretende é a tutela da moralidade pública, o que não se coaduna com o conceito de bem jurídico-penal que, como visto anteriormente, não se associa à repressão de comportamentos puramente imorais.

Como se não bastasse, não se pode deixar de reconhecer que determinados crimes não somente causam um dano ou um perigo de dano a bens jurídico-penais, mas também se caracterizam por sua imoralidade, sobretudo tratando-se dos chamados “crimes naturais” como delitos *mala in se*. Embora possam existir crimes que não afetem a moralidade social, muitas condutas tipificadas são profundamente imorais. Eliminar dolosamente a vida de uma pessoa, subtrair o patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça, enganar alguém através do emprego de meios fraudulentos, obrigar outra pessoa por intermédio de violência ou grave ameaça a praticar consigo comportamentos de natureza sexual não apenas representam lesões a bens jurídicos como a vida, o patrimônio, a liberdade e a dignidade sexual, mas são também condutas que se caracterizam por uma intensa imoralidade. Portanto, em suma, moral e direito se interpenetram e se influenciam reciprocamente, embora não se confundam.

Quando Welzel menciona a ética-social como um dos fundamentos do princípio da adequação social ele está admitindo implicitamente a existência de uma relação entre direito e moral. Nesse sentido, Kaufmann (2004:318) explica que “a moral e o direito são, sob muitas perspectivas, realidades distintas, mas não desligadas entre si”. Em especial, nos processos de transformação social “tanto a moral quanto o direito mudam umbilicalmente amarrados aos cenários culturais, sociais e históricos” (Weber; Paviani, 2014:430).

Especificamente no âmbito do Direito Penal, embora a moral não possa se constituir em um fator capaz de legitimar a

⁶ STF. Primeira Turma. HC 104467 RS. J. 08/02/2011. P. 09/03/2011. Relatora Ministra Carmen Lúcia.

criminalização, pois não desfruta da condição de bem jurídico, mesmo que se trate da moral hegemônica, nem por isso deve-se considerar ilegítima ou indesejável a sua influência nesse setor do ordenamento jurídico quando se trata de conter a violência punitiva em nome da liberdade.

Enfim, todas essas considerações acerca da debilidade do conceito de bem jurídico e a relação entre o Direito Penal e a moral em nada afetam o entendimento de que os valores éticos vigentes em um dado momento em uma determinada sociedade devem ser considerados na interpretação teleológica dos tipos, visto que o conceito de conduta socialmente adequada tem por escopo propiciar a exclusão da tipicidade da ação e, conseqüentemente, de limitar o exercício do poder punitivo e não de fundamentá-lo.

Ao formular a Teoria da Adequação Social Welzel simplesmente ajustou o Direito Penal à realidade social ao admitir que determinadas condutas praticadas em consonância com a moral comunitária não são consideradas dignas de reprovação penal por parte da sociedade. Essa atitude do dogmático alemão se compatibiliza perfeitamente com a visão esposada por Kaufmann (2004:329-330) de que as contradições valorativas entre o direito e a moral geram tensões manifestamente indesejáveis, na medida em que provocam insegurança. Diante disso, a melhor solução talvez consista em permitir a influência da moral sobre o Direito Penal quando se tratar da possibilidade de impedir a responsabilização penal do agente quando a sua conduta formalmente típica não se revestir de tipicidade material por ser socialmente adequada. Com isso o Direito Penal ganha em legitimidade, uma vez que, como reconhecem Weber e Paviani (2014:432), “a legalidade retira sua legitimidade, entre outras fontes, da moralidade”.

Evidentemente, nem sempre uma conduta praticada em consonância com a moral dominante é um comportamento socialmente adequado e, conseqüentemente, materialmente atípico. O contrário também pode ocorrer, afinal Welzel reconheceu a existência de condutas moralmente repreensíveis que ainda assim podem ser socialmente adequadas. Em geral, porém, quando a comunidade julga positivamente determinado comportamento

formalmente típico é porque ela não considera necessária a imposição de uma sanção penal em desfavor daquele que o realiza.

3.2. O elemento cultural: a importância dos costumes

A fonte formal (fonte de cognição) imediata do Direito Penal é a lei.⁷ Assim sendo, os crimes e as penas que lhes correspondem não podem ser definidos mediante o costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

O costume tampouco pode revogar a norma penal, não obstante ser uma das fontes formais mediatas do Direito Penal. Apesar disso, o costume desempenha um papel relevante na definição da política criminal e eventualmente como causa supralegal de justificação (Roxin, 1997:161), bem como no plano da hermenêutica (interpretação progressiva ou evolutiva).⁸

No domínio da hermenêutica, torna-se necessário recorrer muitas vezes ao exame dos costumes vigentes no passado e no presente com a finalidade de ajustar a interpretação da norma penal (incriminadora ou permissiva) ao sentido histórico-social dos comportamentos individuais, ou seja, exatamente o que pretende a Teoria da Adequação Social. Nesses casos não se trata de ab-rogar ou derrogar a norma penal em vigor, mas tão-somente de compatibilizá-las com a evolução dos costumes por intermédio da formação da jurisprudência.⁹

⁷ Artigo 5, XXXIX, CF: “Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Com a mesma redação: Artigo 1º, do CP.

⁸ Refletindo o patriarcalismo exacerbado da sociedade brasileira na década de 40 do século passado, o Código Penal criminalizou tanto o rapto consensual como a sedução, porém, considerando a evolução da mentalidade dos brasileiros no que diz respeito à relação entre os gêneros, ambas as figuras de delito foram revogadas na primeira década do século atual. Nesse e em muitos outros casos a evolução dos costumes influenciaram decisivamente os legisladores penais.

⁹ Defendendo a revogação da norma penal através do costume: (Roxin, 1997:161). Matizando o entendimento de que a norma penal não pode ser revogada pelo costume, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002:113) afirmam o seguinte: “A indiferença absoluta das agências de criminalização secundária ou

Considerando-se a missão desempenhada pelo costumes na atividade hermenêutica, pode-se dizer que uma conduta é socialmente adequada e, conseqüentemente, atípica, quando está em conformidade com a cultura de uma comunidade ou de uma parcela considerável dessa comunidade em um determinado momento histórico, entendendo-se por cultura o conjunto de costumes, de hábitos e o patrimônio intelectual (valores, normas, modelos de conduta) comum aos seus integrantes. Esse fator, porém, deve ser analisado conjuntamente com os valores e os princípios constitucionais inscritos na Constituição Federal, expressões do Estado democrático de direito.

A cultura é um elemento dinâmico da vida social. Embora reflita a existência de costumes, hábitos, valores, normas e modelos de conduta forjados pela tradição, a cultura se encontra em perene mutação nas sociedades complexas. As transformações culturais radicam numa multiplicidade de fatores que interferem na estrutura da sociedade, a exemplo daquelas que se produzem no meio-ambiente; na idade e composição da população; no desenvolvimento técnico e científico, no âmbito da economia, da política, da religião e da educação etc. Como a vida em sociedade é determinada em expressiva medida pela cultura, pode-se compreender a razão pela qual os comportamentos de seus integrantes tendem a assemelhar-se, sobretudo nos momentos em que são chamados a decidir o que precisa ser feito diante de problemas graves, a exemplo da aplicação do Direito Penal nos casos concretos.

Contrapondo-se à possibilidade do elemento cultural ser empregado como critério de avaliação da adequação social da conduta, se poderia argumentar que sociedades complexas, a

seu entendimento da lei, condicionam uma perda da consciência da ilicitude e, assim, não se pode colocar em funcionamento uma criminalização secundária omitida por um largo período de tempo sem aviso prévio, embora mais não seja porque não se pode reprovar essa conduta em razão da sistemática atitude prévia de omissão ou indiferença das próprias regras de criminalização”.

exemplo da brasileira, se caracterizam pelo pluralismo cultural, o que poderia inviabilizar o princípio da adequação social.

Embora a afirmação descrita no parágrafo anterior seja verdadeira, isso não torna o fator cultural inservível para a interpretação teleológica dos tipos por duas razões principais: em primeiro lugar porque a existência de subculturas, isto é, culturas peculiares a certos grupos sociais, não enfraquece o argumento de que a cultura é um elemento importante a ser empregado no processo hermenêutico, muito pelo contrário. Somente considerando respeitosamente essas subculturas, ou seja, as diferenças existentes em termos de costumes, valores e normas entre os grupos sociais é que se pode aplicar o Direito Penal observando-se rigorosamente o princípio constitucional da igualdade diante da lei. Em segundo lugar porque, ensina a criminologia, as subculturas não são estanques, não são um mundo à parte. Consequentemente, pessoas imersas em determinados ambientes subculturais nem por isso deixam de compartilhar valores caros ao restante da sociedade.

A ética social e o costume enquanto elementos da cultura, devem ser considerados conjunta ou separadamente na interpretação teleológica dos tipos. Por conseguinte, esses dois elementos auxiliam na compreensão da finalidade perseguida pela norma penal incriminadora e, consequentemente, ajudam o magistrado a decidir se determinada ação é ou não socialmente adequada e, consequentemente, se é ou não materialmente típica.

4. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: SEIS CASOS DIFÍCEIS

Enquanto fontes formais mediatas do Direito Penal, os valores éticos e os costumes vigentes em um dado momento histórico subsidiam a interpretação teleológica no intuito de restringir a tipicidade das condutas proibidas pelas normas penais incriminadoras. Por sua vez, a análise de casos difíceis auxilia a compreensão do que se deve e do que não se deve considerar como condutas socialmente adequadas considerando ambos os parâmetros. Seja como for, faz-se necessário atender à advertência

formulada por Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002:105) de que a ética social e o costume devem ser avaliados em sua dimensão histórica, considerando-se que “cada tempo histórico produz sua própria cultura de direitos, de modo que o legislador nunca pode reduzir os esforços dos direitos e liberdade acima do limite fixado pelo desenvolvimento histórico da nação, porém tampouco além do tolerado pela consciência jurídica universal”.

4.1. Vaquejada: cultura e maus-tratos contra os animais

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada naquela unidade da Federação. Por maioria apertada (seis votos a cinco), a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual por entender que “a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda a prática que acabe por submeter os animais à crueldade”.¹⁰

A estreita maioria de votos favoráveis à tese da inconstitucionalidade da lei estadual reflete as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário quando se depara com controvérsias jurídicas que envolvem a moral e os costumes sociais, afinal, a vaquejada não é simplesmente uma competição esportiva, mas também um verdadeiro acontecimento social muito apreciado no interior nordestino a despeito de sua crueldade. Trata-se, na realidade, de manifestação cultural violenta profundamente enraizada na história de vida das comunidades interioranas. Se, por um lado, a moralidade de tais espetáculos esportivos é, no mínimo, duvidosa, por outro lado eles refletem costumes

¹⁰ STF. Tribunal Pleno. ADI 4983 CE. J. 06/10/2016. P. 27/04/2017. Relator Ministro Marco Aurélio.

imemoriais.¹¹ Por essa razão, a Corte reconheceu a existência de conflito entre o artigo 215, § 1º e o artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal.¹²

A consistência dos argumentos ofertados pelos Ministros favoráveis e contrários ao reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual cearense impressiona. Em seu voto, o Ministro Relator afastou o argumento de que a vaquejada possa ser realizada sem ameaça à saúde dos animais por considerá-la um risco inerente à atividade. Nesse sentido, afirmou que “tendo em vista a forma como é desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos se mostra inerente à vaquejada”, acrescentando ainda que “a atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos”.

Em seguida, concluiu o Ministro Relator que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988” uma vez que “o sentido da

¹¹ Pouco depois do julgamento pelo STF da Ação de Inconstitucionalidade entrou em vigor a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, definindo a vaquejada como “expressão artístico-cultural” e como “manifestação da cultura nacional”. A referida iniciativa legislativa comprova não apenas a influência dos interesses econômicos envolvidos na liberação da atividade junto aos parlamentares, mas também uma genuína adesão da população interiorana do Nordeste à vaquejada a despeito de sua crueldade. Desde então, sob o ângulo penal, a organização e realização de vaquejadas nos termos da legislação que a regulamenta é hipótese de exercício regular do direito, não incidindo em desfavor do agente o disposto no artigo 32, caput, da Lei nº 9.605/98.

¹² Artigo 215, § 1º, CF: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Artigo 225, § 1º, VII, CF: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

expressão ‘crueldade’ constante da parte final do inciso VII, do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos [sic] aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela lei estadual atacada”.

Em sentido contrário, o Ministro Facchin, inaugurando a divergência, aduziu com apoio no § 1º, do artigo 215, da CF, o seguinte: “O que se entende por processo civilizatório, com a devida vênia, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam insculpidas como tradição cultural”. Desenvolvendo sua argumentação, o Ministro ele concluiu sua análise no sentido de que o caso examinado “precisa ser analisado sob o olhar que alcance a realidade advinda da população rural”, sendo necessário, desse modo, “despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para alargar seu olhar e alcançar essa realidade”.

Por fim, merece destaque a intervenção do Ministro Barroso cujo voto acompanhou o do Ministro Relator. Recordou o Ministro Barroso que na atualidade “a maioria das pessoas concorda que não se deve impor sofrimento aos animais”. Mais adiante, o Ministro esclareceu seu posicionamento acerca da controvérsia no seguinte comentário:

Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a

crueidade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.

Em seguida, concluiu o Ministro:

A Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento grave. O controle e o uso de animais por humanos podem ser compatíveis com a garantia de um tratamento minimamente decente a eles. Mas no caso da vaquejada, infelizmente, isso não é possível sem descaracterização dos elementos essenciais da prática.

Evidentemente, a controvérsia jurídica em torno da vaquejada não foi exposta nos parágrafos anteriores com a finalidade de proporcionar uma avaliação acerca do mérito dos posicionamentos adotados pelos Ministros em relação ao problema enfrentado. Pretendeu-se tão-somente oferecer um exemplo, a partir de um caso de difícil deslinde, de uma situação em que o princípio da adequação social não pode ser aplicado para excluir a tipicidade material de uma conduta formalmente típica (artigo 32, caput, da Lei nº 9.605/98).¹³ O fato da vaquejada não permitir a aplicação do princípio da adequação social aqueles que a praticam não elimina a possibilidade da não criminalização de agentes com apoio em causas de justificação (exercício regular do direito, causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade) ou, eventualmente, em

¹³ Artigo 32, caput, Lei nº 9.605/98, de 12 de fevereiro 1998: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

uma causa de exclusão da culpabilidade (ausência de potencial consciência da ilicitude).

O mero fato do Supremo Tribunal Federal ter se dividido em relação ao problema da inconstitucionalidade da lei estadual cearense que regulamenta a vaquejada é um indício de que a atividade não é socialmente adequada. Para que o princípio da adequação social possa ter incidência em um caso específico precisa existir um consenso social mais ou menos amplo a respeito da inconveniência da criminalização dos autores da conduta proibida. Portanto, o juízo de atipicidade por adequação social da conduta deflui da evidência de que a maior parte das pessoas enxerga o comportamento formalmente típico como não merecedor de punição por parte do Direito Penal por ser eticamente satisfatório ou em razão dos costumes e hábitos da comunidade. Certamente para a maior parte dos brasileiros maltratar cruelmente os animais é uma conduta cuja criminalização é plenamente justificada.

4.2. Sexo consensual entre adultos e crianças: a lei protegendo os mais débeis

O reconhecimento da adequação social de uma conduta, porém, não se submete por inteiro ao princípio majoritário característico da democracia. Uma conduta não é socialmente adequada meramente por ser respaldada por uma maioria de 50% mais um de votantes em uma consulta popular. Ainda que um comportamento seja considerado socialmente adequado pela esmagadora maioria da população sua tipicidade não deve ser excluída quando ele contraria os valores e os princípios constitucionais que caracterizam o Estado democrático de direito, dentre os quais a dignidade humana e a liberdade sexual, sobretudo quando se trata de proteger os mais fracos.

Mesmo que os costumes e a moral dominante permitissem que adultos mantivessem relacionamentos amorosos com menores de 14 anos de idade, o que certamente não é o caso, esse tipo de comportamento não seria socialmente adequado, conservando sua natureza típica em face do disposto no artigo 224,

alínea “a”, do Código Penal (dispositivo revogado pelo artigo 217-A, do CP, acrescentado pela Lei nº 2.015, de 7 de agosto de 2009).¹⁴

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a um Recurso Especial e restabeleceu sentença condenatória proferida em desfavor do recorrido, indivíduo que manteve em diversas oportunidades conjunção carnal com uma menor de 13 anos de idade, segundo ele, com o consentimento da ofendida.¹⁵

A decisão condenatória proferida pela primeira instância foi reformada com base em três argumentos: (1) a ofendida consentiu nos atos sexuais resultantes de relacionamento amoroso às escondidas com o adulto; (2) a ofendida gostava de realizar os atos sexuais com o adulto e estava bem informada sobre assuntos relacionados à sexualidade; (3) a ofendida era maior de 14 anos na data do julgamento e vivia maritalmente com outro homem. O Tribunal concluiu pela absolvição do acusado por considerar sua conduta atípica, haja vista que “os atos sexuais não derivaram de violência ou grave ameaça por parte do recorrente, mas do desenrolar de um relacionamento amoroso, e sobretudo da ausência de lesão psíquica”.

No acórdão que reformou a decisão absolutória proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o Superior Tribunal de Justiça partiu do entendimento de que não se pode aceitar o argumento do recorrido de que o “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” permite relativizar a presunção legal de violência de que cuidava o artigo 224, alínea “a”, do CP, na época em que os crimes foram cometidos. Segundo o acórdão proferido pelo STJ, o exame da história das ideias penais e da evolução da política criminal demonstra que o rumo na da modernidade é justamente ao caminho pelo qual enveredou o acórdão absolutório.

¹⁴ Artigo 224, “a”, do CP (dispositivo revogado vigente na época do fato): “Presume-se a violência, se a vítima não é maior de quatorze anos”. Artigo 217-A, do CP: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

¹⁵ STJ. Sexta Turma. RESP 1475532 GO. J. 15/10/2015. P. 05.11.2015. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

Constatou o Superior Tribunal de Justiça que “de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento físico, mental e afetivo do componente infanto-juvenil de nossa população” para concluir que:

É anacrônico, a seu turno, qualquer discurso que procura associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de uma tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau, não importa - a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida por quem tem o dever legal e/ou moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e ao adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

A prática da pedofilia não poderia ser considerada socialmente adequada mesmo se porventura recebesse a chancela da ética e dos costumes sociais. Nesse caso, a possibilidade de aplicação do princípio da adequação social em benefício do autor do fato seria obstaculizada pela barreira intransponível representada pela Constituição da República, mais especificamente pelos princípios constitucionais. O compromisso inafastável do Estado Democrático de Direito com a promoção e proteção dos direitos humanos e, em particular, com a defesa dos mais fracos, impede que relacionamentos sexuais entre maiores e menores de 14 anos

sejam considerados comportamentos socialmente adequados mesmo que não envolvam violência ou grave ameaça.

4.3. Costumes indígenas: os castigos cruéis e a proteção da vida e integridade física do ser humano

Assim como a adesão de uma determinada comunidade (no caso da vaquejada, a dos sertanejos nordestinos), o pertencimento a uma etnia específica não enseja necessariamente o reconhecimento da adequação social de determinados comportamentos formalmente típicos.

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça negou habeas corpus a um cacique e dois outros indígenas que, a mando do primeiro, foram denunciados por terem praticado os crimes capitulados no artigo 1º, II, da Lei nº 9.455/1997 e artigo 148, do CP. Os indígenas amarraram uma das vítimas durante cinco horas até que ela desmaiasse em decorrência da violência física e depois a mantiveram em cárcere privado durante vários dias em uma cela situada na área da reserva indígena.¹⁶ Durante a prisão do ofendido, os denunciados também prenderam seu irmão quando ele se insurgiu contra a agressão.

O cacique alegou que seu comportamento não foi criminoso porque, nos termos da cultura indígena, tem o direito de impor castigos com base no disposto no artigo 57, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio).¹⁷

¹⁶ Artigo 1º, II, Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997: “Submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico o mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”. Artigo 148, CP: “Privar alguém de sua liberdade mediante sequestro ou cárcere privado. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

¹⁷ Artigo 57, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não se revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

A ordem de habeas corpus foi denegada porque o STJ considerou típica “a conduta que impôs à vítima intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo”, não tem respaldo na norma permissiva invocada pelo paciente.¹⁸

Em sociedades multiculturais, como a brasileira, a coexistência de culturas díspares impõe muitas vezes o reconhecimento da legitimidade de práticas e procedimentos estranhos à cultura hegemônica. Em pleno regime militar, o Estatuto do Índio propunha regular “a situação jurídica dos índios ou silvícolas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (artigo 1º, caput, Lei nº 6.001/73). Com essa finalidade, o Estatuto prometeu aos indígenas proteção legal idêntica a proporcionada aos demais brasileiros, “resguardados os usos, costumes e tradições indígenas” (parágrafo único, artigo 1º, Lei nº 6.001/73).

O artigo 57, da Lei nº 6.001/73, invocado pelo cacique no requerimento de habeas corpus, exclui a antijuridicidade de condutas típicas praticadas por integrantes de grupos tribais quando aplicarem “sanções penais ou disciplinares” (sic) contra seus membros de acordo com as instituições próprias, desde que tais castigos não se revistam de caráter cruel e infamante. Em particular, o dispositivo proíbe em qualquer caso a “pena de morte” (sic).

Em Estados democráticos de direito o controle social oficial (formal) e não oficial (informal) exercido sobre as pessoas deve respeitar os princípios constitucionais destinados a tutelar a dignidade da pessoa humana, dentre os quais o princípio humanitário, que proíbe penas cruéis (artigo 5º, XLVII, CF).¹⁹ Essa proibição de caráter humanitário destina-se a proteger os indivíduos do rigor punitivo excessivo independentemente de sua condição socioeconômica, origem, etnia etc. Por essa razão, ainda

¹⁸ STJ. Sexta Turma. HC 208.634 RS. J. 14/06/2016. P. 23/06/2016. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

¹⁹ Artigo 5º, XLVII, CF: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

que acobertada pelos costumes indígenas, a imposição de castigos cruéis (cárcere privado e tortura) não são comportamentos socialmente adequados e, conseqüentemente, não tornam atípica a conduta delituosa descrita na legislação penal.

4.4. Ortotanásia: a adequação social da morte piedosa

A vida humana é um elevado valor tutelado pela Constituição da República. Apesar disso, ela não é um valor absoluto, considerando-se que o Direito Penal por vezes autoriza o seu sacrifício, como acontece quando alguém mata em legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal, em estado de necessidade ou mesmo quando não lhe é exigível agir de outro modo. Pode-se, inclusive, matar alguém dolosamente sem que essa conduta seja materialmente típica quando uma atitude omissiva é socialmente adequada, como na hipótese da ortotanásia, também designada eutanásia passiva sobretudo pela doutrina penal estrangeira.

Em sentido amplo, eutanásia é a conduta comissiva ou omissiva dolosa praticada por motivos misericordiosos no interesse do sujeito passivo com a finalidade de abreviar a sua vida por causa de doença dolorosa e incurável que lhe provoca intenso sofrimento. Espécie do gênero eutanásia, a ortotanásia (eutanásia passiva) consiste em matar o sujeito passivo mediante conduta omissiva por parte daquele que, na condição de garante, tem o dever legal de cuidado imprescindível à conservação da vida do paciente, como no caso de profissional da medicina ou de familiares da vítima. Frequentemente, ao que tudo indica, a ortotanásia tem sido praticada por médicos por vezes com a anuência dos familiares de pacientes terminais impossibilitados de manifestar seu consentimento por se encontrarem mergulhados em estado de inconsciência.

Enquanto a eutanásia ativa pressupõe uma conduta que causa a morte de alguém mediante um comportamento comissivo, v.g., administrar uma droga ao enfermo provocando sua morte, a

ortotanásia ou eutanásia passiva causa a morte do enfermo por meio de uma conduta omissiva imprópria (comissiva por omissão) que interrompe o seu tratamento, como no caso em que os aparelhos que o mantém vivo são mantidos desligados ou quando se deixa de aplicar uma droga necessária à conservação de sua vida.

A legislação penal brasileira não criminaliza tal prática delito autônomo, mas simplesmente como homicídio. Consoante a doutrina amplamente majoritária, a eutanásia é hipótese de homicídio privilegiado.²⁰ Bruno (1976:120-121) explica que, na eutanásia, “a ação continua punível, mas a sua reprovabilidade decresce, decresce o contraste em que se apresenta com as exigências ético-jurídicas da consciência comum, daí resultando que se possa diminuir a punição”.²¹ Portanto, a ortotanásia (eutanásia passiva) também caracterizaria homicídio na modalidade privilegiada porque é cometido por “relevante valor moral”.²²

A descriminalização da eutanásia jamais foi questão pacífica para a doutrina penal nacional e, menos ainda, para o legislador. Referindo-se a essa prática, Noronha (1996:22), por exemplo, defende o ponto de vista de que “a vida, ainda que dolorosa ou sofredora, há de ser sempre respeitada” por se tratar de um bem indisponível. Marcão (2010) condena tanto a eutanásia ativa quanto a ortotanásia. Em sentido contrário, manifestando-se especificamente acerca da ortotanásia, Costa Júnior (1999:255) reconheceu admite que essa espécie de eutanásia “é perfeitamente defensável”. Bruno (1976:124), que, além de formado em Direito

²⁰ Artigo 13, § 1º, do CP: “Matar alguém. Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”.

²¹ Cf. Fragoso (1995:35); Noronha (1996:22); Bitencourt (2009:71); Cunha (2010:25); Prado, Carvalho, Carvalho (2014:635).

²² O critério a ser empregado na verificação da relevância do valor moral é o da moralidade média aferida de modo objetivo, ou seja, de acordo com os princípios ético-sociais dominantes e não subjetivamente, isto é, consoante os princípios do autor do crime. Cf. Fragoso (1995:35); Bitencourt (2009:71); Prado, Carvalho, Carvalho (2014:635).

também era graduado em Medicina, afirma igualmente que não pratica crime o médico que “se abstém de empregar meios terapêuticos para prolongar a vida do moribundo” caso este último ou os seus parentes não tenham feito pedido nesse sentido.

Em que pese prática da eutanásia ativa não se constituir numa hipótese de conduta socialmente adequada por representar uma prática controvertida à luz dos valores ético-sociais e dos costumes, a visão social acerca da ortotanásia (eutanásia passiva) parece ser diversa.²³

Produto do trabalho desenvolvido por comissão de juristas, o anteprojeto de Código Penal ora em tramitação considera a ortotanásia hipótese de exclusão da ilicitude.²⁴ O Conselho Federal de Medicina disciplinou a ortotanásia, permitindo sua prática em 2006.²⁵ Muito embora seja desconhecido o posicionamento dos evangélicos brasileiros acerca da ortotanásia, a Igreja Católica, que congrega a maioria dos brasileiros, a despeito de condenar a eutanásia ativa por considerá-la “uma violação da lei divina, uma ofensa à dignidade da pessoa humana, um crime contra a vida e um atentado contra a humanidade”, admite a ortotanásia.

Manifestando-se sobre a eutanásia passiva, a Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé (1980) concluiu que “na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos

²³ Pesquisa Datafolha apurou que a prática da eutanásia é reprovada por 57% e aprovada por 36% dos entrevistados. A pesquisa não apurou a opinião dos entrevistados sobre a ortotanásia, mas indagou sobre a eutanásia em geral (Folha de São Paulo, 2007).

²⁴ Artigo 122, § 2º, do anteprojeto de Código Penal: “Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.

²⁵ Artigo 1º, caput, da Resolução CFM nº 1.805/2006: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes” (Pucha, 2015:170-171).

Há, portanto, elementos suficientes em apoio ao entendimento de que a ortotanásia é uma conduta socialmente adequada por se coadunar com o princípio da dignidade da pessoa humana. A admissão da ortotanásia por parte de juristas, médicos e da Igreja Católica constitui uma clara indicação de sua aceitação por parte da sociedade brasileira.

4.5. Jogo do bicho: a sociedade diante dos jogos de azar.

O jogo do bicho surgiu na última década do século retrasado, atraindo a atenção de muitos aficionados. Em que pese a concorrência das loterias oficializadas, o jogo do bicho não parece ter perdido completamente sua atratividade para muitos apostadores de todas as classes e condições sociais, malgrado transparecer um aparente desinteresse a seu respeito por parte da maioria da população.

O jogo do bicho é conduta criminalizada pelo artigo 58, do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.²⁶ Em seu parágrafo § 1º, inclusive, o referido dispositivo criminaliza não somente “banqueiros” mas também “vendedores”, nas hipóteses discriminadas em suas alíneas. Com efeito, incorrem nas penas aplicáveis aos que praticarem a conduta descrita no caput do artigo 58, do Decreto-Lei nº 6.259/44, todos aqueles que “transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, derem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer

²⁶ Artigo 58, do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944: “Realizar o denominado ‘jogo do bicho’, em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerando o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios em dinheiro. Penas: de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de prisão simples e multa [...]”.

parte, listas com indicações do jogo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuir para a sua confecção, utilização, curso ou emprego, seja qual for a sua espécie ou quantidade” (artigo 58, § 1º, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 6.259/44).

Quando se analisa o supramencionado dispositivo legal é difícil identificar o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Aparentemente, o único interesse protegido nesse caso pelo Direito Penal brasileiro é a conveniência do Estado em monopolizar os jogos de azar no país.

Em 2003, o Supremo Tribunal Federal denegou habeas corpus com fundamento na alínea “b”, § 1º, do artigo 58, do Decreto-Lei nº 6.259/44, a motoboy que transportava material utilizado no jogo do bicho e alegava a adequação social de sua conduta. Nos termos do voto da Ministra Relatora, “embora inegável a influência do costume na tarefa interpretativa da norma penal, admitir-se como socialmente adequada à referida conduta, que está inequivocamente expressa na norma penal, implica aceitar a revogação da mesma pelo costume, o que, em última análise, representa ofensa ao princípio da legalidade”.²⁷

Em que pese a proibição legal, em todas as cidades brasileiras vendedores de jogo do bicho trabalham em bancas por vezes improvisadamente instaladas nas vias públicas diante da indiferença das autoridades públicas que, inclusive, integram frequentemente a sua clientela.

Por outro lado, a condenação eventual de simples trabalhadores do jogo do bicho comprova a tese criminológica de que o sistema penal atua de maneira extremamente seletiva, considerando que no dia-a-dia a grande maioria deles, assim como a esmagadora maioria dos bicheiros, não costuma ser penalmente responsabilizada pelas suas condutas e permanecem praticando ações formalmente típicas sem enfrentar qualquer oposição por parte das autoridades públicas.

²⁷ STF. Segunda Turma. HC 83087 RJ. J. 16/12/2003. P. 27/02/2004. Relatora Ministra Ellen Gracie.

Evidentemente, um sistema penal manifestamente incapaz de exercer o controle social conferindo tratamento igualitário aos cidadãos não é um sistema penal justo. Se quiser sê-lo, precisa considerar como delituosas todas as ações cometidas por aqueles que infringem o artigo 58, do Decreto-Lei nº 6.259/44 esquecendo-se que, na atualidade, a persecução penal de meros trabalhadores do jogo do bicho é providência que repugna à sociedade, que considera sua atividade como socialmente adequada.

4.6. Casa de prostituição: a tutela da moralidade pública

O princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, como se sabe, nem sempre é observado pelo legislador penal e tampouco pelos tribunais. Essa atitude, particularmente lesiva ao Direito Penal de garantias, atinge amiúde autores de comportamentos socialmente adequados que, não obstante, costumam ser criminalizados, como na hipótese do crime tradicionalmente denominado de “casa de prostituição”, cuja descrição típica é a seguinte (artigo 229, Código Penal): “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

A doutrina penal diverge radicalmente ao apontar a objetividade jurídica do crime de “casa de prostituição”, comprovando assim as incertezas quanto aos contornos precisos de sua descrição típica. Nucci (2010:950), por exemplo, afirma que o objeto jurídico do delito é composto pela moral e pelos bons costumes; outros explicam que o bem jurídico tutelado é o “interesse social, no especial aspecto de evitar o fomento e a proliferação de todas as formas de lenocínio” e, indiretamente, “a liberdade sexual em sentido amplo (inclusive a integridade e autonomia sexual) (Prado; Carvalho; Carvalho, 2014:1075). Por sua vez, Bitencourt (2011:160) refere-se à “moralidade sexual pública” como bem jurídico tutelado pela norma penal.

Percebe-se, em primeiro lugar, que só existe crime de “casa de prostituição” quando o estabelecimento tenha por finalidade a “exploração sexual”, o que certamente exclui os casos em que pessoas civilmente capazes se dedicam livremente à prostituição, isto é, sem sofrerem qualquer tipo de coação para se prostituírem. Em segundo lugar, como é dado a perceber, trata-se de um crime em que não há bem jurídico algum digno de tutela, na medida em que o princípio da exclusiva proteção de bem jurídico não reconhece a possibilidade do Direito Penal do Estado Democrático de Direito tutelar a moral pública e os bons costumes.

Embora a prostituição e a manutenção de bordéis para a exploração da prostituição sejam condutas certamente sejam consideradas moralmente reprováveis pela sociedade, tratam-se de comportamentos realizados no exercício da liberdade individual. A prostituição, inclusive, apesar de moralmente criticada, é atividade não criminalizada quando exercida livremente, sem coação, por homens e mulheres imputáveis.

Por outro lado, como reconhece acertadamente Nucci (2010:947), não obstante “ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça [...] se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade”. Desenvolvendo raciocínio semelhante, Bitencourt (2011:159-160) ressalta a evidência de que no crime de casa de prostituição o “legislador penal proíbe a exploração de uma atividade que é permitida e, confundindo moral como direito, ‘condena’ a prostituição a realizar-se nas ruas, nos guetos, clandestinamente”.

Durante séculos a sociedade tolerou a prostituição e as casas de prostituição. Se, no passado, a existência de prostitutas e estabelecimentos destinados ao exercício da prostituição foram considerados hipocritamente como “casos de polícia”, a evolução dos costumes já não parece autorizar essa postura repressiva, pois uma parcela expressiva da sociedade passou a compreender que as pessoas são livres para se relacionarem sexualmente com quem desejem e como desejem, não fazendo mais sentido considerar

como materialmente típicas condutas que não se caracterizam pelo abuso, pela violência, pela fraude e pela exploração de menores de idade ou, de maneira geral, de inimputáveis por problemas mentais.

CONCLUSÃO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO DIREITO PENAL DE GARANTIAS

Apesar de não ter sido suficientemente desenvolvida pelo seu artífice, a Teoria da Adequação Social merece acolhida não apenas por parte da doutrina penal, mas também pelos profissionais do direito. Embora não se possa deixar de admitir que dentre os casos exemplares referidos por Welzel, criador da Teoria, muitos que podem ser enfrentados com maior ou menor sucesso pela Teoria da Imputação Objetiva contemporânea, aparentemente nem todos podem sê-lo, como comprovam os casos difíceis referidos nesse artigo.

A Teoria da Adequação Social tem o inegável mérito de se adequar ao Direito Penal de garantias, posto que, como demonstrado no texto, a crítica doutrinária de que seu emprego causaria insegurança jurídica é evidentemente inconsistente. Pelo contrário, a referida Teoria tem o indiscutível mérito de ajustar o Direito Penal às exigências impostas pela realidade social e, em particular, pela ética social e pelo costume, duas importantes expressões da cultura de um povo. Ao permitir o reconhecimento da atipicidade material de comportamentos formalmente típicos, a Teoria da Adequação Social termina por proporcionar a ampliação das fronteiras da liberdade individual, favorecendo ao mesmo tempo a emergência e o desenvolvimento de um Direito Penal mais igualitário e atento às necessidades sociais do presente.

Naturalmente, há muito a ser feito pela doutrina penal nacional para que a Teoria da Adequação Social possa se desenvolver a contento em solo brasileiro. Critérios doutrinários e jurisprudenciais que proporcionem uma aplicação mais frequente do princípio da adequação social precisam ser formulados e aprofundados. Problemas necessitam ser solucionados. Se essa

pequena reflexão exploratória contribuiu de alguma maneira, mesmo modestamente, para esclarecer certos aspectos relacionados ao conceito de conduta socialmente adequada é porque logrou atingir o seu objetivo de estimular ulteriores investigações mais profundas a seu respeito.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO Z., Enrique. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Bogotá: Temis, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v.1.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 1 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2008.

BRICOLA, Franco. **Teoría general del delito**. Montevideo: B de F, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Inseguridad y lucha contra el terrorismo. In Wolfgang Schöne (org.). **El orden jurídico-penal entre normativa y realidad**. Corrientes: MAVÉ, 2009, p.97-106.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**: teoría final de la acción e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**: parte general. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998, T.II.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.3.

FARIA, Maria Paulo Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal**: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 7 ed. Roma: Laterza, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. Eutanásia é reprovada por 57% da população, aponta pesquisa. São Paulo, domingo, edição de 08 de abril de 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

MARCÃO, Renato. Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no anteprojeto do Código Penal. In Alberto Silva Franco; Guilherme de Souza Nucci (orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.739-766, v.5.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 5 ed. Barcelona: Edición do Autor, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método**. 2 ed. Montevideo: B de F, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUCHA, P. Fausto. Proporcionalidad de las terapias en el magisterio de Pio XII y su aplicación en el ambiente clínico. **Revista en Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana**. Quito: Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador, n. 22, enero/junio, 2015, p.157-180.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, T.1.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. [s.l.]: [s.ed.], n.7, 2001, p.443-447.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e Direito Penal. In Mendes, Gilmar Ferreira.; Bottini, Pierpaolo C.; Pacelli, Eugenio. **Direito Penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57-82.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEBER, Thadeu; PAVIANI, Jayme. Moral, ética e direito. In João Carlos Brum Torres (org.). **Manual de ética**: questões de ética teórica e prática. Petrópolis: Vozes, 2014, p.430-446.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**: parte general. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo: B de F, 2001.

WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.